
論 説

アントワヌ・ファーヴルの 嫁資論 (旧説) 覚書 (2)・完

田 中 実

1. はじめに
 2. 『市民法推測論』
 - 2-1. 論点の整理と D. 36.3.18.1 (第 1 節から第 3 節)
 - 2-2. 法文の単語削除と単語の理解 (第 4 節)
 - 2-3. 制度の根拠・目的 (第 5 節) …… (以上 23 卷 4 号)
 - 2-4. 法文修正：否定付加 (第 6 節) …… (以下本号)
 - 2-5. 『ウルピアヌス・ローマ法範』の
利用と解釈 (第 7 節から第 8 節)
 - 2-6. 古法の立法目的と
「子のための保持廃止」の理解 (第 9 節から第 13 節)
 3. おわりに
- 〔付〕 ファーヴル『市民法推測論』第 1 巻第 16 章の原文

2. 『市民法推測論』〔承前〕

2-4. 法文修正：否定付加 (第 6 節)

前項で見てきた目的解釈の後、人文主義法学の真骨頂とも言える修正を受ける法文が挙げられている。修正は、流布本にもフィレンツェ写本にもよらず、『バシリカ法典』に基づきキュジャースが提案したものである。もつとも

その修正の意味は、ここでの立論自体にとってはそれほど大きくはない。第6節でファーフルは書いている。

「法文 (D. 24.3.40) がこれに関係するが、そこでパピニアヌスは、離婚がなされたときには、嫁資が〔父に〕与えられる〔返還される〕とする問答契約を『娘の意思なしに』(sine filiae voluntate) (非常に博学なジャック・キュジャースがすでに随分以前にこの箇所を修正したのは全く正しい) 行った父は、問答契約の条件成就の後に、娘が死亡したなら、確かに問答契約に基づいて訴えることができると書いている」。

キュジャースやファーフルの読み方と並んで、他の読み方も記すと、法文はこうである⁴³。

D. 24.3.40 パピニアヌス『質疑録』第28巻

嫁資が与えられ婚姻が締結された後に、父は、離婚がなされたときには、嫁資が〔父に〕与えられる〔返還される〕とする問答契約を娘の意思なしに〔=キュジャース、ファーフル旧説。娘の意思によらず=モムゼン、娘の意思で=流布本〕行った。問答契約の条件が成就し、後に、娘が子なしに死亡したときには、父は、問答契約に基づいて訴えることを妨げられてはならない。しかし彼が、娘が活着しているときに訴えようとするれば、〔「娘の意思なしに」と否定の読み方に従えば、例えば、キュジャースの言うように「娘の意思なしに問答契約がなされたのでなければ」といった〕抗弁によって排除されるべきである。

⁴³ D. 24.3.40 PAPINIANUS libro vicesimo octavo quaestionum.

Post dotem datam et nuptias contractas stipulatus est pater sine [= Cuiacius, Faber (coniect. 1-16), non ex = Mommsen, non ex *del.* = vulg.] filiae voluntate divortio facto dotem dari. si condicio stipulationis impleatur et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione summoventus erit.

この法文については、拙稿「精神錯乱者の相続承認をめぐるアンドレア・アルチャートの助言」南山法学第23巻3号注44でも触れた。Vgl. H. Troje, *Graeca* (Fn.14), S.139.

前の下線部「娘の意思なしに」(sine filiae voluntate)の否定「なしに」(sine)は、ビザンツ法源からキュジャースが『省察と修正』第4巻第21章で付加したものであり⁴⁴、流布本の読み方は「娘の意思で」(filiae voluntate)であった。

⁴⁴ キュジャース『省察と修正』第4巻第21章「父が嫁資を与え婚姻が締結された後に、『離婚がなされたときには嫁資が返還される』と、娘の意思で問答契約を行ったら、この問答契約は正当なものである(D.24.3.29)〔キュジャースは、「娘の意思」の直後をコマで区切って、この言葉を問答契約にかけて読むべきであることをはっきりさせているように思われる〕。従って、嫁資の返還請求権は父に固有のものであり、返還請求は有用であり有効である。しかし法文(D.24.3.40)はこの解釈に反する。この法文は、嫁資が与えられて婚姻がなされた後に、『離婚がなされたときには嫁資が返還される』と、娘の意思で問答契約を行っている父が、後に離婚がなされ娘が生きているときに訴えれば、抗弁によって排除されると述べており、これは不当と思われる。問答契約は正当であるから。解釈学者〔中世の法学者〕がこの法文の解釈について何を書いていたかを私は繰り返さない。それらは我々が検討するに値しないものである。すべて虱の卵である。彼らはまさに壊れた法文でこれを議論していたのであって、この法文〔の正しい内容〕はビザンツの法学者たちが我々に保管してくれていた。同じ章の箇所、『バシリカ法典』の二つの箇所から、ビザンツの法学者たちが次のように読んでいたことが確認される。嫁資が与えられ婚姻が締結された後に、父が、離婚がなされれば嫁資が与えられる〔返還される〕と、娘の意思なしに(sine voluntate filiae)〔モムゼン大版では『娘の意思によらず』(non ex filiae voluntate)〕問答契約を行った。問答契約は不当になされた。しかし、娘が離婚後に亡くなれば、問答契約は治癒され有効となる。これに対し、娘が生きているときに父が問答契約に基づいて訴えれば、『娘の意思なしに問答契約がなされたのでなければ』という抗弁によって排除される(D.3.3.28.1=D.3.3.28)。」Cuiacius, *Observationes et emendationes*, Lib. IV. Cap. XXI, Opera, Tom. 3. col. 101: « Si pater post dotem datam et nuptias contractus stipulatus sit voluntate filiae, divortio facto dotem reddi, recte stipulatus est, l. *quotiens*, D. *solut. matrim.* (D.24.3.29) Est igitur patris propria repetitio dotis, denique est utilis repetitio atque efficax. Pugnat tamen cum hac sententia, l. *post dotem*, D. *eod. tit.* (D.24.3.40) quae patrem post dotem datam et nuptias contractas stipulantem voluntate filiae, divortio facto dotem reddi, ac deinde secuto divortio viva filia agentem, ait exceptione summoveri, idque iniquum videtur. Recte enim stipulatus est. Quae interpretes de eius legis sententia scripserunt, non recitabo: nec enim digna sunt opera nostra, πάντα μὴ κόνις. Hoc tantum dico laborasse eos in loco valde corrupto, quem Graeci nobis conservarunt: namque ex βασιλικῶν libris duobus in locis sub eodem titulo, Graecos ita legisse constat. Post dotem datam et nuptias contractas stipulatus est pater sine voluntate filiae divortio facto dotem dari. Perperam igitur stipulatus est: et tamen si filia post divortium decesserit, convalescit stipulatio. At si viva filia agat pater ex stipulatu, summovebitur exceptione, si non stipulatus est sine voluntate filiae, agru. l. *si procurator meus*, §. 1. D. *de procur.* (D.3.3.28 = Mommsen)».『バシリカ法典』について言うと、例えば、有名なファプロ版で、この否定を含んだ法文が掲載されている。ファプロ版の法文ラテン語訳は、Si pater post dotem datam et nuptias

註釈・注解はもちろん流布本に対応する。また、註釈には、この部分を「問答契約」ではなく「離婚」にかける（娘の意思での離婚との）理解も挙げられている。事案解説 (casus) にある最初の三つの説明では、「問答契約」にかけているが、続いて別の二つの理解つまり「娘の意思」を「離婚」または「与えられる（返還される）」にかける解釈も提示されている⁴⁵。キュジャース

contractas, sine voluntate filiae (ギリシャ語原文は *παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς*) pactus sit dotem sibi reddit divortio facto, et conditio exstiterit: ea quidem viva non recte agit. Sed si sine liberis decesserit, non prohibetur agere である。Carolus Annibal Fabrotus, ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ ΤΕΤΥΧΟΣ Δ' ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ Tomus IV. Parisiis. M.DC.XLVII. p.356. キュジャースの提示した否定辞 (sine) 付加の趣旨は、フィレンツェ写本に反するため、モムゼン大版でも、sine ではなく non ex であるが、それがイタリック体で本文に採用されている。しかし、私の見たところ、ゴドフロワ版本文でも、ゲバウアー版本文や19世紀に主として利用されていたその他の刊本（例えばクリーゲル兄弟版）などでも採用されていない。いずれにせよモムゼン大版の法文批判のあり方を考えさせる例ではある。他方、オランダの重要な否定辞リスト S.R. Jauchius, *Meditationes criticae de negationibus*, Amstelaedami, 1728, p.175 は、この法文をキュジャースによる否定辞修正の章 (De Negationibus, quas *Jacobus Cuiacius* Pandectis Florentinis addendas, vel detrahendas, aut transferendas partim ipse censuit, partim post alios probavit) に挙げ、「娘の意思に反して」と訳すべきとしている (Lib. 4. Obs. 21. Et in Papiniano ad h. L. asserit, legendum, *sine voluntate filiae*, quoniam in Basilicis legatur, *παρὰ, praeter voluntate filiae*. FRUSTRA !). 前置詞 *παρὰ* に対応するラテン語訳の違いであり、「娘の意思に反して」の問答契約と捉える方がよいかも知れないが、内容的には同じ方向の修正であろう。肯定のままであるとすれば、父が単独で訴えるとき、法文末尾の抗弁については、訴権が娘との共有状態になればといった内容になり、次注 45 で挙げる事案解説 (casus) にあるように担保問答契約の要求などが考えられよう。またグリュックは、問答契約訴権であるのに娘の意思が問題になることを、嫁資返還をめぐる問答契約は嫁資設定と同時に締結する必要がある、この法文では後になって嫁資返還条件が変えられることから説明しており、この点も重要である。彼は、キュジャースの修正を受け入れないその後の議論の展開についても比較的詳しく紹介し、キュジャースの修正が異口同音に受け入れられたわけではないこと、修正を想定しない場合の解釈の可能性として、すでに中世の事案解説 (casus) が重要であることを指摘している。Glück, *Pandekten* (Fn. 12), 27. Theil, S.127-135.

⁴⁵ 事案解説 (casus) では、「娘の意思」を「問答契約」にかける読み方のほか、別の二つの読み方、つまり「離婚」や「返還」にかける解釈も提示されている。

事案解説 (casus) 「間において〔嫁資を与え婚姻を締結した時に約束するなら、前注 44 で挙げたグリュックが指摘しているように、娘の意思を無視した問答契約も正当〕、『娘が子なしに死亡したら』という条件の下で、父が、専ら自らに嫁資が返還されるとの問答契約を娘の意思で〔もちろん流布本の理解であり、キュジャースの校訂によれば、「娘の意思なしで」〕行った。離婚それから死亡の条件が成就し、子がいないとき、嫁資を返還請求

する父には、いかなる抗弁も対抗することはないが、しかし、離婚だけで〔娘の〕死亡と子の欠如がなければ、娘なしに訴える父には、抗弁が対抗される。但し、娘が追認するであろうと保証すれば〔担保問答契約を行えば〕この限りではない。あるいは事案が審理されて〔追認されなければ〕、訴権は完全に否認される（D.24.3.2.1, 2）（D.24.3.22?）。または第2に、離婚の条件だけが付されていたと述べよ。このときには、もし子供なしに娘が死亡して、父が訴えれば、抗弁は対抗しない。なぜなら、訴権は父だけに帰属するからである。そして、ここでは、直ちに述べるように、『殊に』という省略された語が補われる。しかしもし娘が生きていて父が訴えれば、父にもまた娘にも帰属する問答契約訴権の内容が検討されて、抗弁が対抗する。しかし、父は、後に、娘の合意のみによって、第1と第2の場合に、合意されたと再抗弁できる（D.24.3.29 pr.）。アゾー。または、第3に、自らのためにではなく、望んだ娘のために、無条件で問答契約を行ったのであると述べよ。この場合は、自らと娘に、問答契約したと見なされる。ちょうど法文が、問答契約は全くなされていないので、このように訴権は2人の共有であるとしているようにである。反対の論拠となるのは法文（D.45.1.126.2）であるが、そこでは『続く問答契約が』とある。そして父には再抗弁が与えられない。これらの三つのケースによれば、『娘の意思で』が、この『問答契約をした』という言葉限定している。第4に、『娘の意思で』は、『離婚がなされて』を限定している〔との解釈も考えられる〕。そしてこのときは再抗弁は与えられない。第5に、『与えられる』（返還される）という文言が、娘の意思で私に返還すると述べているかのように、つまり、もしそのときに娘が望めば〔と解釈する〕。従って〔娘が〕生きていれば彼女の意思が要求される。さもなければ、同意がなかったときには、抗弁によって対抗される。しかし子なしに死亡すれば、その意思は要求されない。これに対して子がいれば、私のものとなる内来嫁資であれば、同じく、他の者の意思は要求されないが、子の意思が要求される。しかし娘が無条件で私の問答契約に同意し、私が離婚以外の何らの条件も付さなかったとすれば、娘が反対しても、離婚がなされたので訴えることをなぜ妨げるのであろうか。Glossa *Post dotem datam* ad l. *Post dotem* (D.24.3.40): « CASUS. Pater ex intervallo filiae voluntate stipulatus est sibi soli dotem reddi facto divortio, sub hac conditione, si filia sine liberis decesserit. extitit conditio divortii, item mortis, et liberorum defectus, nulla patri dotem repetenti obstat exceptio, sed si divortii tantum, non etiam mortis et liberorum defectus existat, patri sine filia agenti obstat exceptio, nisi caveat rem ratam filiam habituram: vel causa cognita ominino sibi actio denegatur: ut s. eo. l. ii. §. pe. et fi. (D.24.3.2.1, 2) et l. si cum dotem §. sed si latitet (D.24.3.22?). Vel dic secundo, divortii tantum fuisse conditionem appositam: et tunc pater si defuncta filia sine liberis aget, non obstat exceptio: quia ad solum patrem recidit actio: et hic subauditur, maxime, ut statim dicam. Si vero filia viva agat pater, obstat exceptio inspecto tenore actionis ex stipulatu, quae patri cum filia competit: sed quia pater postea sibi soli consensu filiae est stipulatus primo et secundo casu, replicatur: ut s. e. l. quot. §. ceterum (D.24.3.29 pr.). Azo. Vel tertio dic, quod volente filia fuit stipulatus simpliciter, non sibi: quo casu sibi et filiae videtur stipulatus ut perinde sit, ut lex dicit, cum nullo modo est stipulatus et sic est communis actio utriusque: argumeto contra j. de ver. ob. l. si ita sti. fu. §. Chrysogonus. (D.45.1.126.2) ibi, *sequens stipulatio*. Et non datur replicatio patri. Et secundum hos tres casus, *filiae voluntate* determinet hanc orationem,

も「問答契約」にかけている。このキュジャースの修正は、後に異口同音に受け入れられたわけではないが、ファール自身は、この段階では単純にキュジャースの修正に従っている。彼は、後になってこの修正を拒否し、「娘の意思で」「離婚」したときという事案解説の挙げる一つの解釈に改説しているが、ここでは立ち入らない⁴⁶。

法文の後の方の下線部「娘が子なしに死亡したときには」については、問答契約の内容ではなく、通常のルール（別段の定めのないときの任意法規）を解説したともとれるような形で離れた箇所が付加されているので、そのように解するとマルティヌス説に有利である。「子なしに死亡したとき」の反対解釈から、「離婚のときの嫁資返還を定めた問答契約にもかかわらず、子を残して死亡すれば嫁資は夫に保持される」と理解できるからである。註釈は、「殊に」(maxime) とつけて、この要件は余計であるとするか、この事件の問答契約の内容であったと考えようとする⁴⁷。ここでもこれまでに見たのと同

stipulatus est. Vel quarto, filiae voluntate determinet factio divortio: et tunc non datur replicatio. Vel quinto verbum dari, quasi dicat ad voluntatem filiae mihi reddes: id est, si ipsa tunc volet. Si ergo vivit, requiritur eius voluntas. alias si non consentiat, repellitur exceptione: sed ea mortua sine liberis, non est cuius requiratur voluntas. Sed si liberi extant, idem quod non requiratur alicuius voluntas, si dos est profectitia quae sequitur me: alioquin requiritur voluntas liberorum. Si vero ponas quod filia simpliciter consensit meae stipulationi et ego non apposui aliam conditionem divortii: quare impediret agere factio divortio etiam invita filia? ».

⁴⁶ Antonius Faber, *Coniectura*, lib. 13. cap. 1. n. 10. « Patrem qui non solum dotem filiae dederat, sed etiam stipulatus fuerat si voluntate filiae divortium fieret dotem dari (sic enim malo textum intelligere, quam viri doctissimi Iacobi Cuicij emendationem admittere qui libro 4. Observation. capit. 21. ex libris Graecis, legendum putat *sine filiae voluntate*) impleta stipulationis conditione non prius tamen ex stipulatu agere posse, quam et filia decesserit, et praeterea sine liberis ».「娘に嫁資を与えただけでなく『もし娘の意思で離婚がなされたなら嫁資が与えられる (返還される)』という問答契約を受けた父は (非常に博学なキュジャースの修正を承認するより私はむしろ法文をこのように理解したい。キュジャースは『省察』第4巻第21章で、ビザンツ法源から『娘の意思なしに』と読まねばならず)、問答契約の条件が成就しても、娘が、しかも子なしに死亡する前には、問答契約に基づいて訴えることはできないと考えている」。括弧は原文についているが、その位置については疑問。

⁴⁷ 註釈「(『子がいないとき』というのは)『殊に』」ということである。なぜなら、ケースによっては、子がいても、嫁資が内来であれば同じであるから。第2に、この場合は、第

じ手法が使われている。皇帝の勅答ではなく、学説彙纂の法文について、「殊に」と限定するような論拠を用いることができるかは、この法文の『質疑録』という文献ジャンルの性質、また学説彙纂に採用された段階での意味あいなど、多岐の問題が絡んでくる。ファーズルは「殊に」をつける理解を次のように非難している。

「しかし、ほかでもなく、子なしに死亡したときはである。アックルシウスはこれらの文言は〔註釈で「殊に」と付加して〕余計であると指摘しているが、彼は馬鹿げている。この法学者〔パビニアヌス〕は、問答契約の条件が成就したことと、娘が子なしに死亡したことを要件としているので。これらのことから、マルティヌスの判断が古法上は全く正しかったこと、学説彙纂のどの法文もそれに反対していないことが明らかになる。なぜなら、多くの箇所、内来嫁資は娘が婚姻中に死亡したなら父に回復されねばならないと一般的に〔限定しないで〕書かれているが、これらの箇所はすべて、法文 (D. 23.3.6) で⁴⁸ 法文の目的自体が明白に示しているような父の言い分〔カウサ〕よりも、残された子供たちの言い分を、より強いものとしているほかの法文から、補足されねばならないと、容易に解答できる。しかし、これについて法は確実であり、たとえば妻が婚姻中に子なしに亡くなったとしても何らの返還請求権も生じない外来嫁資との区別をしてのみ、このように書いているのであるなら、注意深い法学者たちが、この

1 のケースからして、問答契約において含まれていたと述べよ、たとえ子がいても嫁資が父に復帰されると述べたブルガルスに有利なわけではない。彼に有利なのは、法文 (C. 5.18.4) である。これに対しアゾーに有利な法文は (D. 23.4.26 pr.) (D. 23.4.26.1) (D. 32.41.7) (D. 4.4.3.4 in fin.) (D. 24.3.10) アックルシウス」。Glossa *Sine liberis* ad l. Post dotem (D. 24. 3.40): « maxime. nam idem si cum liberis: et dos est profectitia, secundum unum casum. Vel dic quod hic casus fuit complexus in stipulatione secundum primum, et sic non facit pro Bul[garum] qui dixit dotem reddi patri, etiamsi liberi extant. Et pro eo facit C. soluto matrim. l. dos. (C. 5.18.4) ubi de hoc not. Sed pro AZO. facit supra de pact. do. l. inter socerum. in prin. et §. 2. (D. 23.4.26 pr., 1) et j. de leg. 3. l. uxore. §. testamento. (D. 32.41.7) et de mino. l. 3. §. sed utrum. in fin. §. (D. 4.4.3.4 in fin.) et s. eod. l. si ab hostibus. (D. 24.3.10) ACCURS. ブルガルスとアゾーを対比させていることの意味は不明。

⁴⁸ D. 23.3.6 については前注 40 および対応する本文参照。

ように〔子の有無を〕区別する必要はなかったと〔解答できる〕(D. 48.20.5) (D. 23.3.79)⁴⁹」。

こうして、「殊に」を入れて、議論の重点を内来・外来嫁資の区別に移し、子の有無の要件を軽視するような読み方を非難するのである。ここには、学説彙纂に採用された学者がわざわざ書いていることは、それぞれに特別な意味があり典雅なものであるから丁寧に読む必要があるという、人文主義法学の態度がはっきりと見受けられる。ちなみに、この箇所最後に援用されている二つの法文は、家娘かそうでないかや、外来嫁資と内来嫁資との

⁴⁹ D. 48.20.5 ウルピアヌス『告示注解』第33巻

pr. 最初に刑罰奴隷にされるので、別の法律は嫁資を没収しないのだが、その法律によって、彼女が死刑に処せられたなら、嫁資は、彼女が死亡したかのように、夫の利益となるのが正しい。

1. しかし家娘が流刑に処せられたなら、婚姻は流刑によって解消されないとマルケッルスは述べており、その判断は正しい。なぜなら妻が自由人であるときには、夫の愛情と妻の妻としての気持ちが保持されることを何も妨げないから。従って、妻が夫から離れたいというのであれば、そのときは父が嫁資について訴えるであろうが、しかし彼女が家母であり、その間、婚姻継続中に流刑に処されたなら、嫁資は夫のもとにとどまり、しかしその後、婚姻が解消されれば、人間性を考慮して訴権が今日生じたかのように、彼女は訴えることができるとマルケッルスは述べている。

D. 48.20.5 ULPIANUS libro trigensimo tertio ad edictum.

Sed si alia lege capitis punita sit, quae lex dotem non publicat, quia prius serua poenae efficitur, verum est dotem mariti lucro cedere, quasi mortua sit.

1. Quod si deportata sit filia familias, Marcellus ait, quae sententia et vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium: nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere. Si igitur eo animo mulier fuerit, ut discedere a marito velit, ait Marcellus tunc patrem de dote acturum. sed si mater familias sit et interim constante matrimonio fuerit deportata, dotem panes maritum remanere: postea vero dissoluto matrimonio posse eam agere, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione.

D. 23.3.79 pr. ラベオ『ヤウオレヌス抜粋遺稿集』第6巻

祖父が、息子から生まれた孫娘のために、婿に嫁資を与えて死亡した。セルウィウスは、嫁資が父に回復されることを否認しているが、私もセルウィウスと同じ説である。というのも、彼は何もそこから自分のために有していなかったから、彼からの内来嫁資と見なすことはできないからである。

D. 23.3.79 pr. LABEO libro sexto posteriorum a Iavoleno epistomatorum.

Avus neptis nomine filio natae genero dotem dedit et moritur. negat Servius dotem ad patrem reverti et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset.

区別がポイントとなるときには、法文がそれを明言しているという例として挙げられていると思われる。

2-5. 『ウルピアヌス・ローマ法範』の 利用と解釈 (第7節から第8節)

次の第7節では、人文主義法学の時代になって容易に利用できるようになったユ帝法以前の法源史料を駆使して、『ローマ法大全』に対し新たなそして大胆な解釈が提示される。ファーヴルはまずは史料を挙げる。

「この問題の説明に正しく関係している法文は一つしかなく、私の判断では、我々の時代のどんなに博学な法学者でさえも思い違いをしていた。それは、『ウルピアヌス・ローマ法範』〔以下『法範』〕⁵⁰「嫁資について」の章

⁵⁰ Fragmenta Ulpiani は Tituli ex corpore Ulpiani と同 Epitome Ulpiani と同 Regulae Ulpiani などとも称され、今日ではウルピアヌスのものではなく、3世紀末以降のものであるとされている (従ってウルピアヌスを書名中に入れた)。邦訳として、末松謙澄訳・注解『ウルピアヌス羅馬法範 参版』(大正13年)大雄閣書房がある。序では、この書が実用法書であることの証左として、離婚が頻繁であったローマの嫁資処分の紛争多発故、嫁資法を詳しく扱っていることを挙げ、法学教育を主眼として、嫁資法を扱っていないガイウスの作品と対比させている。しかし、カーザーは『法範』を Schulwerk としている。M. Kaser, *Römisches Privatrecht*. 2. Abs. Die nachklassischen Entwicklungen, München, 1975, S. 43. 近代校訂版 J. Baviera (ed.), *Fontes iuris romani antejustiniani, pars altera*, Florentiae, 1968, p. 261-301 の冒頭の解説や P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, Leipzig, 1888, S. 248 の説明によれば、10世紀にガリアで書かれた写本から最初にこれを出版したのは、パリの司教ジャン・デュティレ Jean Dutillet (Johannes Tilius) で、1549年のことである。さらに、同じ写本に基づき、キュジャースによっても、1576年に出版されているが、この写本は後にサヴィニーがヴァチカンで再発見するまで失われていた。筆者はデュティレ版、キュジャース版ともに未見であるが、本稿で主として参考にした Antonius Schultingius, *Jurisprudentia vetus ante Justinianea*, Lipsiae, 1737 所収の Tituli ex corpore Ulpiani XXIX. cum notis Jacobi Cuiacii, et Ludovici Charondae, quibus suas quoque addidit Antonius Scultingius の冒頭にはデュティレの前書きが掲載されている。デュティレは、その冒頭で、よりよい校訂の必要を説いているが、今日でもなお、この再発見されたヴァチカン写本が唯一確認されたものであるとされる。『法範』は、キュジャース全集にも収録されているが (Cuiacius, Oprea, Tom. 1. col. 301-352)、実際には、Johannes Amariton による 1554年版に、キュジャースの注記が付加されたものようである。いずれにせよ、16世紀後半には、この『法範』が容易に利用できることに

であり、そこには、婚姻中に娘が死亡すれば嫁資は父に回復されるが、子1人につき5分の1が夫に確保されると書かれている。

挙げられた『法範』は次のとおりである⁵¹。

『ウルピアヌス・ローマ法範』第6章「嫁資について」第4節

婚姻中に妻が死亡すれば、父からの内来嫁資は父に回復するが、子1人につき5分の1が、無制限に夫のもとに残される。しかしもし父がいなければ、すべて夫のところにとどまる。

ユ帝以前のこの法をどう理解し、さらにこの法から『ローマ法大全』までの展開をどう想定するかが、『ローマ法大全』の法解釈学上の議論と絡んでくるのである。フアーヴルは次のように説明する。

「しかしもしそうであれば、古法においては、子供が5人残っていれば、夫が嫁資全部を保持することになるので、ブルガルスの説も正しいとは考えられず、息子が1人だけ残っていれば、嫁資の5分の1についてだけ請求する権利が夫にあり、残りは父に返還されるので、マルティヌスの説も正しいとは考えられない。ところが、多くの博学な者たちは、ウルピアヌスのこの箇所から、この問題がすべて決着し説明されると考えられるとの

なったことは、リペンシウス (M. Lipensius, Bibliotheca realis iuridica), カミュ (M. Camus, Bibliothèque choisie des livres de droit), フォンターナ (A. Fontana, Amphitheatrum legale ... seu bibliotheca legalis amplissima) などの文献目録からもわかる。

⁵¹ Ulpiani Fragmentorum Tit. VI. De dotibus. §. 4.

Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum.

Dos a patre profecta ad patrem revertitur に対する Schulting (前注 50) の注記には、「父が金銭と娘の二重の損害を被らないように (D. 23.3.6 pr.) (D. 14.6.17) (D. 24.3.10 pr.) (D. 21.2.71)。妻が、家娘であろうが自権者であろうが区別なく (D. 24.3.59)」とある。「Ne pater duplex damnum, pecuniae, et filiae sentiret, l. 6. pr. D. de iur. dot. (D. 23.3.6 pr.) l. 17. D. de S. C. Macedonian. (D. 14.6.17) l. 10. pr. D. solut. matrimon. dos quemadmod. petat. (D. 24.3.10 pr.) l. 71. D. de evictionib. (D. 21.2.71) absque distinctione, an fuerit filiafamilias, an sui iuris mulier, l. 59. D. solut. matrimon. et c. (D. 24.3.59) SCHULTING ».

説をとっている。しかし、法文 (D. 36.3.18.1)⁵² [第1節に挙げた「嫁資がとどまっていた夫」の句がある法文] において、残された息子1人のために嫁資全部が夫に保持されると私は見ているので、私にすれば全く別の判断である。もし夫の相続が問題になれば、息子1人のためであっても、複数の子供のためであっても、同じく有利であることは、〔ユ帝の勅法からの〕法文 (C. 6.20.19) が、『数は関係なく』という文言で、何よりも明白に証明している。ではどうなのであろう。ウルピアヌスがこの箇所で書いていることは、先死しすでに生きていない子についてであると理解しなければならず、先死している子のためには、単に5分の1だけ、これに対して、生きている子のためには、嫁資全部が保持されると私は考える」。

こうしてファールズは、5分の1を先死の子1人あたりについての保持であるとし、彼の主張と『法範』とを調和させるのである。なるほど『法範』は「残された子供たち」(*superstitibus liberis*) と表現しないで、単に「子1人につき」(*in singulos liberos*) としているので、用語の面で全く不可能な解釈というわけではない。古典期法学者の著作からの抜粋であっても、『ローマ法大全』に収録されるときは、改竄を受けなくとも、その意味内容が変更される可能性があるので、『法範』と整合しないことは当然であるとする想定も可能であろうが、彼はこのように大胆とも言える解釈によって、両者を調和させているのである。そして彼は、次にパピニアヌス法文 (D. 23.4.26.2) に注目して自説を述べる⁵³。

D. 23.4.26.2 パピニアヌス『解答録』第4巻

父と女婿との間で、婚姻中に子なしに娘が死亡すれば、嫁資は父に返還

⁵² 前注 19 および対応する本文参照。

⁵³ D. 23.4.26.2 PAPINIANUS libro quarto responsorum.

Cum inter patrem et generum convenit, ut in matrimonio sine liberis defuncta filia dos patri restituatur, id actum inter contrahentes intellegi debet, ut liberis superstitibus filia defuncta dos retineratur, nec separabitur portio dotis additamenti causa data, si postea nihil aliud conveniat.

されるとの合意がなされたとき〔次に見るように、ファーヴルは、この合意も先死子1人につき5分の1の保持権放棄と理解する〕、契約当事者の間では、子供を残して娘が死亡したときには、嫁資は〔夫に〕保持されるとの合意がなされたと理解されねばならず、後に何ら別段の合意がなければ、追加として与えられた嫁資の部分も別除されない。

「そして私の判断では、法文 (D. 23.4.26.2) がこのことを指摘している。この法文では、もし婚姻からの子が生きていなければ、つまり、私が解釈するように、5分の1の〔ファーヴルによれば先死子がいたときに有する〕保持権もなしに、嫁資は全部返還される、との合意がなされていることが想定されている。子が1人も残っていないとき、嫁資から何も〔夫に〕保持されないようなことが法であるならば、この合意がなされるのは無駄なことであつたろう。逆に、汝は〔合意がなくとも〕子があれば完全に保持されるとの反対解釈もできない。パピニアヌスが同じところで、契約当事者の間でのこの種の合意によって、子がいて娘が死亡したときには嫁資が保持されるとの合意がなされたと理解されると〔わざわざ〕付け加えているからである。ここからバルトルスは、ブルガルスの判断解釈を擁護して、子供を残して娘が死亡したが、合意がなければ嫁資は保持されないと結論を導いている」⁵⁴。

このように、問題の法文では、子なしのときの嫁資返還がわざわざ問答契約されており、しかも「子がいて娘が死亡したときには嫁資が保持されるとの合意がなされたと理解される」と述べられているのであり、このことを整合的に説明するのに、『法範』に対する彼独自の解釈を利用し、問答契約の締結の意味を説明可能とするのである。そして第8節でこの解釈が提示される。

⁵⁴ 私が用いた二つの印刷刊本には、法文 (D. 23.4.26.2) を対象とする直接の注解はない。本稿で先に挙げた箇所では、バルトルスは、むしろマルティヌスに有利と思われる法文として挙げていたが、そこでは特に説明はなされていなかった。

「実際、この法文の解釈判断は全く別であり、子を残して娘が死亡したときに、嫁資が保持されるかどうかは、パピニアヌスにおいても疑問とされておらず、このことは全く確実であつたのであり、とりわけ、その問題について〔子のないときの合意からの反対解釈による〕黙示の合意があればそうである。疑問とされているのは、追加のために与えられた嫁資の部分も夫にとどまるかどうかだけである。そこでは、嫁資について合意がなされたかが、疑問点であつた。しかしこの部分は、嫁資というよりは、嫁資に付加されたものと見られるであろう。ところが、この部分も同じ法で評価されるとパピニアヌスは述べている。そしてこのことを、子を残さずに娘が死亡すれば、嫁資が父に返還されるとの合意がなされたときは、嫁資に付加された部分も返還されるとの合意であつたことは明白であるという推論を行うことで、より典雅に〔鋭く美しく無駄なく〕彼のやり方で簡潔に、証明しているのである。これは新たな嫁資ではなく、嫁資の増加と理解されなければならないので (D. 23.3.4)⁵⁵。また、嫁資が返還されることを望む者は、嫁資のために付加した部分についての返還までも考えてはいなかったと評価されてはならないからである。しかし、子なしに娘が死亡すれば、嫁資は父に返還されるという合意があるとき、子を残して娘が死亡すれば、嫁資は返還されないように黙示で合意があつたと理解される。従って、同じ解釈によって、この合意は嫁資に付加された部分も返還されないというように理解しなければならない。この箇所もこのように説明され理解されなければならないと私には思われる。従って、子を残さずに娘が死亡したときには、もしその婚姻からの子が以前にいたならば、嫁資が全部父に返還されねばならないわけではないが、嫁資設定の時になされた

⁵⁵ D. 23.3.4 パウルス『サビヌス注解』第6巻

用益権が、嫁資として与えられた用益権なしの所有権に付加すれば、別の嫁資ではなく、嫁資の増加と見られる。ある物が寄洲作用によって付加したときと同様である。

D. 23.3.4 PAULUS libro sexto ad Sabinum.

Si prooprietati nudae in dotem datae usus fructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset.

合意によって別段の定めがあれば、この限りではない〔つまり先死子の5分の1の保持ができない〕という、我々の考えていることを明白に証明しているのである」。

ファールはこの法文をこのように5分の1の保持が存在していた段階から理解するのである。『ローマ法大全』に採用された法文を、ユ帝で廃止された以前の法の状態から解釈することは問題をはらみ、それがどの程度許されるのかは議論となろう。体系的な解釈を目指す論者からすれば、ある意味で歴史的解釈であるこうした解釈は、あくまで二次的・例外的な手法であるとされよう。加えて、ファールは、法文の中で真にまたは主として疑問とされた問題は何かを再検討すること、つまり法文のテーマの重点を移すことを行っている。これも『ローマ法大全』の新たな解釈を提示する一つの重要な手法であり、この意味で、収録法文を元の文脈に戻してやり、その前後関係から中心的な論点を絞っていくことを可能にする、パリングネシア（再構成）の作業は、古典期法の復元という歴史作業にとどまらず、『ローマ法大全』に採用された後の法文の解釈に新たな視点をもたらすことにもなる。ちなみに、パピニアヌス法文（D. 23.4.26.2）については、法文の第2節の引用であり、パリングネシア作業以前に、すでに同法文の前後の節を見ることもできようが、この法文ではあまり収穫はない。傍論になるが、引用されたパウルス法文（D. 23.3.4）について言えば、レーネルのパリングネシアによれば⁵⁶、その直前の法文は、パウルス法文（D. 23.2.52）で、「近親婚には嫁資はなく、従って、受け取られたものは、果実としてのものであってもすべて奪われる」⁵⁷とあり、嫁資とは言えないケースを扱っており、嫁資に含まれるかどうかの議論はなされていない。しかし嫁資の追加部分にせよ、嫁資とは言えないものの果実分にせよ、本体への帰属が疑問とされるケースを扱っ

⁵⁶ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, Graz, 1960, Vol. 1. col. 1270.

⁵⁷ D. 23.2.52 PAULUS libro sexto ad Sabinum.

Incestae neque dotem habent et ideo omne quod perceptum est licet fructuum nomine auferetur.

ているという意味で、論点は共通していると言えるかも知れない。

2-6. 古法の立法目的と「子のための保持廃止」の理解 (第9節から第13節)

第9節では、この5分の1保持の立法目的が論じられる。

「もしこの古法『法範』の根拠・目的が問われれば、その根拠・目的は、以下のように述べることができるであろう。すなわち、子が夫〔との間〕に生まれると直ちに、その子供たち1人1人のために (in eorum persona), 嫁資に対する質権が設定されたかのようになり、つまり彼らのために、夫が嫁資の保持権を有することになるのである。たとえ後に彼らが死亡したとしても、息子を亡くした悲嘆に加えて、さらに、息子が生きていたなら取得したであろう嫁資〔を失うこと〕の損害をも被ることのないように、父〔である夫〕から嫁資が奪われることは不衡平であり非人間的であるということなのである。法文 (D. 23.3.6)⁵⁸からの類推によって〔法文では、父は妻にとつての父であるが、ここでは、残された子にとつての父つまり女婿のこととしているので、せいぜい類推適用としか言えない〕。確かに、娘の死によって受ける父の苦痛も、先死した子供たちの死から受ける夫の苦痛に劣らず大きいので、昔の立法者は、子1人について、5分の1だけを夫が保持するように制約されることが衡平であると考えたのである。それ故、〔夫が〕父よりも多くを保持することもあれば、少ないこともあり、(D. 23.4.26.2)⁵⁹におけるように、嫁資を与える際に父が予め定めない限り、嫁資すべてを〔夫が〕保持することも生じるのである」。

このように、ファーヴルは、彼の想定する、先死子についての5分の1保持の制度について、それは父と夫の両方の悲嘆に対するバランスのとれた対処であるとしているのである。次に、第10節では、『法範』にある6分の1

⁵⁸ 前注 40 および対応する本文参照。

⁵⁹ 前注 53 および対応する本文参照。

の保持についてと、ユ帝の有名な勅法の一節つまり *sileat* 節について論じられる。ファーヴルは述べている。

「6分の1については別の根拠があった。これは、同じ箇所ではウルピアヌスが証明するように、離婚の時に残っている子のために保持される。そして、このことは、法文 (C. 5.13.1.5c) から明白である。この法文について我々はすぐ後で〔先死子の〕5分の1についてではなく〔妻有責離婚の際の〕6分の1についてであると理解しなければならないことを示そう」。

『法範』の同じ箇所とあるが、前掲のものと同じ章の第10節のことである⁶⁰。

『ウルピアヌス・ローマ法範』第6章第10節

妻の落度または妻に対して家父権を行使している父の落度によって離婚がなされれば、子のための保持がなされる。実際、そのときには、子1人につきそのために嫁資から6分の1が保持される。もっとも6分の3を超過しては、保持も請求もされない。

そして、ここで挙げられている法文 (C. 5.13.1.5c) は、「子のための保持」を全面的に廃止したようにも理解できる有名なユ帝勅法である⁶¹。この両者

⁶⁰ Ulpiani Fragmentorum Tit. VI. De dotibus. §. 10.

Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit. tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retineatur ex dote. non plures tamen, quam tres sextae, in retentione sunt, non in petitione [... non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt, non in petitione = FIRA, Girard, Textes] 版によって句読点のうち方が違うが、ここでの訳出にあたっては、前注 50 で挙げた Schulting 版やキュジャース全集版に従っている。なお Non plus tamen, quam tres に対する Schulting の注記は、嫁資の半分までの保持という立法のバランスを次のように説明している。「妻は、単にこの落度があっただけなので、より重く制裁を受けなければならないとも、それなりの再婚ができないほどに嫁資が減らされねばならないとも考えられなかった」。「Gravius non est visa multanda mulier, ob hanc solam culpam: nec dos nimis minuenda, ut iterum posse nubere commde」。

⁶¹ C. 5.13.1.5c IMP. IUSTINIANUS A. AD POPULUM URBIS CONSTANTINOPOLITANAE ET UNIVERSOS PROVINCIALES.

の関係が次のように説明されていく。

C. 5.13.1.5c ユスティニアヌス帝

本能が、親に、子を育てよう駆り立てるのであるから、子のための保持だなどと言わないように。

註釈では、通説であるブルガルス説が、「子のための保持」という言い訳を許さないこの法文を広く一般的なものとして、別段の合意のないときの夫の保持を全面的に廃止したものと解していることが紹介されている。このように解すると通説に有利な箇所ではあるが、マルティヌスは、これは離婚のケースのみを述べているとしていた⁶²。ファールズは述べている。

Sileat ob liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur. [a. 530]

⁶² 註釈「なるほどマルティヌス派は、離婚によって婚姻が解消したならという省略を補っている。さもなくば、もし妻の死によって解消されたなら、嫁資は保持されると述べているのである。しかしブルガルスとヨハネスは、法文は無限定に述べているので、反対説である (D. 23.3.6) (C. 6.61.2) (C. 5.18.4)。最後の法文で、汝はこのことを学ぶであろう。しかし最初の説が守られている。」*Glossa Sileat ad §. Sileat (C. 5.13.1.5c): « Subaudiunt quidam, scilicet Gossiani, si divortio soluatur matrimonium. alias si morte mulieris, dicunt retineri dotem. Sed B[ulgarus] et Ioann[es] contra, cum haec lex dicat indeterminate: ut ff. de iur. dot. l. iure succursum est. (D. 23.3.6) et i. de bo. quae libe. l. ii. (C. 6.61.2) et i. solut. matr. l. dos. (C. 5.18.4) ubi de hoc etiam discas. Sed prima opinio seruatur ».* カントロヴィッツの校訂による、マルティヌスの『嫁資論』第30節はすでに拙稿「精神錯乱者の相続承認をめぐるアンドレア・アルチャートの助言」南山法学第23巻3号注45で紹介している。ここでは翻訳だけを掲載しておこう（欄外法文引用も含む。訳は若干変更）。「同じく、娘が死亡し婚姻が解消するとき、彼女が家父権に服していようがいまいが、子が残っていれば、嫁資は父に返還されない。但し、与えられた嫁資が自らに返還されるように、〔婚姻の後〕直ちにまたは婚姻の前に、問答契約をしていればこの限りではない (D. 24.3.29 pr.)。しかし子がいなければ返還される (D. 22.3.6)。但し合意により保持されるときはこの限りではない (D. 23.4.12 pr.)。家父権を免除された娘の嫁資は父に返還されない。もともと子なしに死亡したときはこの限りではない。しかし法学者の中には、先生の説に教えを受け、先生の言葉に忠誠を誓ったかのように、父からの内来嫁資は、娘が婚姻中に死亡したときには、子を残していようといまいと、問答契約がなされていなくとも、父に返還されねばならないと主張している者もある。彼らは、このことを法文 (C. 5.18.4) および (D. 23.3.6 pr.) に基づいて言わねばならないと考えており、勅法彙纂『妻の財産訴権』の章の法文から、(彼らの考えるところによれば) 最も強力な論拠を用いている。その法文で

「離婚の前に子が失われたことの苦痛は、父にも母にも同じように傷であることが違い〔廃止されたのが、先死子についての5分の1ではなく、妻有責離婚の際の6分の1のみであること〕の理由であった。それ故、嫁資に属するある物が、その〔離婚ということの〕ために妻から奪われ、〔子にとっての〕父に帰属するのはローマ市民法上のことではなかった (incivile)。子は、〔婚姻という〕神聖な契約の永続的なかすがいであるのが通例であり、子が残っていると き〔妻有責離婚の際の〕6分の1の保持によって妻が制裁を受ける (mulctare) のは、生きている子のためには衡平 (aequum) であると考えられていた」。

ここでファールルの述べていることは、妻有責離婚の際の6分の1保持が、市民法上のものではなく妻に対する制裁であり、子のための衡平上の制度であったということであろうか。そして、子1人あたり6分の1の保持が廃止され、嫁資全部の保持へと改変され、妻に対する制裁が強化されたというのが、彼の理解であろう。妻に対する制裁という発想自体は、後に見るように、すでにキュジャースにも見られる考え方ではある。まずは、ファールルがより詳しく述べている第11節を見よう。

「しかし子1人についての5分の1のように、6分の1も限定なしに保持されるのではなく、嫁資の半分についてだけである。なぜなら、離婚が

は、『子のための保持だなどと言わないように』(C.5.13.1.5c)と述べられているのであるが、これを、妻の死亡によって婚姻が解消されたときのことを述べているかのようである。しかしいかなる顔をしてこんな論拠を出すのか驚きである。ここで法文は、婚姻の解消、妻の落度なしに離婚がなされたことについて述べているのであり、このことはかの法文の文言から推論されるのである。法文は述べている (C.5.13.1.5d)。『夫が、妻に対して様々な種類の落度をでっち上げないように』、そして、『もし妻の落度によって婚姻が解消されたなら、何がなされねばならないか』と。このとき、生きている妻には嫁資が返還されねばならないが、その目的は、再び結婚し、子孫を産み、国家をふさわしい人間で豊かにするためである (D.24.3.1)。従って、彼らは、これからはそうした論拠を用いることをやめねばならない。なぜなら哲学的な議論は、〔学生の〕やわらかい耳に心地のいい〔単純な〕ことをしばしばやたらに喋るものであるから。つまり、ここにおいて真実を述べ始めるように。即ち、娘の死亡によって婚姻が解消し、子が残されているとき、娘の固有の財産である嫁資は父に返還されないということを (D.4.4.3.5)。特有財産の法によって父ではなく、相続権によって彼女の相続人である子に移転される (D.24.3.40) (D.32.41.7 vel 11 = sic Kantorowicz) (C.6.20.19.3) (C.6.20.19.3)』。

許されており自由であったので、妻は、嫁資を全く得ないというようにされてはならなかったから。但し、最初からそのように〔離婚の場合も半分との制約を受けずに夫が保持するとの〕合意があればこの限りではない。なぜなら、子がいれば、嫁資の条件が合意によって〔妻にとって〕悪くなることがありえたことは確かであるから。法文 (D. 33.4.1)⁶³ や (D. 23.4.2) で生じるように⁶⁴。この法文 (D. 23.4.2) では、どのように婚姻が解消されようとも子が残っていれば嫁資は夫のもとにとどまるものとするという合意、つまりたとえ婚姻が離婚によって解消されたとしても夫は〔子 1 人

⁶³ 比較的長い法文であり、関連する第 1 法文までを訳出する。

D. 33.4.1 pr., 1 ウルピアヌス『サビヌス注解』第 19 卷

pr. 嫁資が遺贈されたときには、嫁資訴権に含まれるものも、確かに、嫁資の遺贈に入っている。

1. 従って、夫が死亡し婚姻が解消される時、共通の息子がいれば、嫁資は夫の相続人にとどまるものとする夫妻間で合意し、亡くなる夫が、嫁資を〔妻に = casus〕遺贈したなら、嫁資が遺贈されたがために、この合意は有効ではない。しかしこのことは遺贈がなくとも承認されねばならない。なぜなら、子がいれば、嫁資の条件が〔妻にとって〕悪くなることがあると認められていることは、婚姻中に〔夫でなく、妻が〕亡くなったり、離婚が生じるときにあてはまることだからである。〔法文 (D. 23.4.2) と結びつけた理解〕

D. 33.4.1 pr., 1 ULPIANUS libro nono decimo ad Sabinum.

Cum dos relegatur, verum est id dotis legato inesse, quod actione de dote inerat.

1. Et ideo si inter virum et uxorem convenerat, ut morte viri soluto matrimonio filio communi interveniente dos apud mariti heredem remaneret, et maritus decedens dotem relegaverit, stari pacto non debet ob hoc quod dos relegata est. verum et citra relegationem hoc probari debet: nam quod est admissum posse deteriore condicionem dotis fieri intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit vel divortium intervenit.

⁶⁴ D. 23.4.2 ウルピアヌス『サビヌス注解』第 19 卷

どのように婚姻が解消されようとも子が残っていれば嫁資は夫のもとにとどまるものとするとの合意があったとき、パピニアヌスは法務官ユニアヌスに解答した。夫の死亡によって婚姻が解消したとき、嫁資がとどまるという合意はなかったと見られるのであり、たとえこれが合意されていたとしても、夫の死が生じたときには、嫁資に反する〔嫁資返還請求に不利な〕合意は守られてはならないと。

D. 23.4.2 ULPIANUS libro nono decimo ad Sabinum.

Si convenerit, ut, quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus dos apud virum remaneret, Papinianus Iuniano praetori respondit morte mariti finito matrimonio neque convenisse videri dotem remanere, et, si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit.

につき6分の1で、法定の最大半分にとどまらず] 嫁資全部を保持するという合意があったことが想定されている。これらのことが古法では守られていたので、ユ帝は法文 (C. 5.13.1.5c) で彼自身が述べているように、この保持のあらゆる余計な言い訳 (verbositas) を、特に子のためなどという言い訳を廃止したのである」。

6分の1保持が嫁資半分に限定されていたことは、ローマ古典期の離婚の自由から説明される。そして、妻有責離婚の際に生じる夫の嫁資保持権が、子の数に関わらない嫁資すべてとなることで、妻に対する制裁であることがはっきりし、もはや「子のための保持」などと余計なことを言う余地がなくなったと理解されるのであろう。

次の第12節および最終第13節は、6分の1、5分の1のユ帝段階での廃止が述べられる。第12節では6分の1が扱われ、このように述べられている。

「マルティヌスの説は、以前は場合によっては正しかったかも知れないが、今日では、この勅法の後では、決して正しいことはありえないと理解する者がいる」。

ここでは、明言されていないが、キュジャースのことを言っていると思われる。キュジャースは『アフリカヌス論』での法文 (D. 46.7.15) に対する解説で次のように述べていた⁶⁵。

⁶⁵ Cuiacius, Ad Africanum Tractatus ad l. Haec stipulatio (D. 45.8.26), Opera, Tom 1. col. 1365–1366: « Bulgari opinio vera est iure novo, propterea quod Justinianus sustulit retentiones propter liberos, l. unica, §. sileat, C. de rei uxor. act. (C. 5.13.1.5c) id est, meo iudicio, non solum sextas, sed etiam quintas, quia ratio qua utitur convenit utrisque, ut alantur scilicet liberi ex bonis patris, non ex dote matris, et quia si nolisset etiam quintas tolli, earum memoriam aliquam reliquisset vel Digestis, vel in Codice. Martini autem opinio vera est iure veteri: nam mortua in matrimonio filia, ex dote in si[n]gulis liberos quintae relinquuntur penes virum, divortio facto culpa mulieris vel soceri sextae, non tamen supra mediam partem dotis, ut ex Paulo refert Boetius, et Ulpian. in Fragmentis, et Graeci ad d. §. sileat (C. 5.13.1.5c): hodie ob culpam mulieris vir retinet dotem poenae causa, non beneficio liberorum. Est et aliud discidium inter Bulgarum, et Martinum. Bulgarus mortua muliere in matrimonio dotem

「ブルガルスの説が新法としては正しい。ユ帝が子のための保持を廃止したのだから (C. 5.13.1.5c)。つまり私の判断では6分の1だけでなく5分の1でもある。というのも、子が養われるのは、母の嫁資からではなく父の財産からであるという、用いられている根拠が、ともにあてはまるからであり、また、5分の1の廃止を意図していなかったとすれば、学説彙纂または勅法彙纂に証拠となるものが何か残っているであろうからである。しかしマルティヌスの説は古法としては正しい。なぜなら娘が婚姻中に死亡すれば、嫁資から子1人あたり5分の1が、妻または妻の父の落度で離婚がなされたときは、嫁資の半額を超えない範囲で〔子1人あたり〕6分の1が夫のもとに残されるからである。パウルスに基づきポエティウスが、そして『ウルピアヌス・ローマ法範』やビザンツ法学者たちも述べているように。今日では、妻の落度故に、夫は、子のためにではなく罰として嫁資を保持するのである。ブルガルスとマルティヌスとの間には、今一つ、見解の相違がある。ブルガルスは、婚姻中に妻が死亡すれば、嫁資は夫にはとどまらないと、マルティヌスは、とどまると〔主張する〕。アックルシウスは法文 (C. 5.13.1.5c)〔に対する註釈〕で、その名がマルティーノ・デ・ゴッシオであった、マルティヌスに従う者たちをゴシアーニ〔ゴシア派〕と呼んでいるが、マルティヌスの説は、もし嫁資を与えたのが父ではないなら、子の有無にかかわらず区別なく、古法では正しい〔キュジャースは、外来嫁資の議論に変えている〕」。

キュジャースはここで妻有責離婚の際の6分の1のみならず、妻死亡の5分の1も廃止の根拠が同じであることを挙げて、この勅法で同時に廃止されたかのように述べている。また古法段階で、「マルティヌスが正しい」とキュジャースが考えているのは、妻死亡の場合の内来嫁資の5分の1と外来

non remanere penes virum. Martinus remanere, quem Accursius intelligit in d. §. *sileat* (C. 5.13.1.5c), dum Gossianos nominat, sectatores nempe Martini, cui fuit nomen Martino de Gossio: et similiter vera est opinio Martini iure antiquo, si pater non sit qui dotem dedit, et indistincte sive sint liberi sive non ».

嫁資のすべてということであるから、前者は子の数によって変わり、後者は論点ではないから、ファーフルの説明の方が正確であろう。また、本稿の「はじめに」で述べたように、『ローマ法大全』段階での、妻有責離婚の際に夫が嫁資全部を保持することについては、中世法学でも論争がなかった。これに対してファーフルは、マルティヌスの見解を次のように援用する。

「彼らには、他でもなく、かつてマルティヌスがブルガルスに解答したことを解答しなければならない。解答は、ユ帝は離婚がなされたときに生じる保持を廃止したが、子が生きており婚姻中に妻が死亡したときに〔ついて〕は、何ら新しいものを導入しなかったというものである⁶⁶。このことがまさに正しいことをユ帝の二つの根拠が示している」。

こうして二つの根拠を挙げる。一つは、子の養育・教育が嫁資と結びつけられてはならないことである。これは、妻有責離婚の場合、夫が全嫁資を保持するのが、子のためではなく、妻に対する制裁であることと結びつけて理解できよう。ファーフルは続けている。

「親の本能 (*naturalis stimulus*) が、子を育てよう駆り立てるというのが第一の根拠である。その根拠の意味は、父が、母の嫁資ではなく彼の財産から子供を養育しなければならないというのではなく、むしろ、妻が、嫁資を保持することによって、息子たちを養育する義務を強制されてはならないということ、あるいは、子を産むという性質自身によって、息子たちの教育に駆り立てられるということである。この勅法によって廃止されたのは、我々の主張によれば先死した子のために保持される〔妻死亡の際の〕5分の1ではなく、〔離婚の際の〕6分の1だけであることを我々はここから理解する。但し、子がいて妻が死亡したときに、〔この段階で〕嫁資が夫から全く返還されないというのがユ帝の判断であると考えるのであれば、話は別である。〔しかし〕このことは認められてはならない。なぜなら、ユ帝の述べていた保持はかつて嫁資訴訟で〔抗弁によって〕なされていた

⁶⁶ 前注 62 のマルティヌス『嫁資論』参照。

ものであるが、この訴訟は、婚姻中に死亡した妻の子が生きているときには生じなかったものである（事実、我々が述べたように、この場合にも嫁資の返還は生じなかった）。このことを別にしても、子であれ孫であれ別の者を〔自己の家父権の下に〕有している、祖父とりわけ母方の祖父が、〔自分の娘の残した〕生きている孫を育てよう駆り立てられないことは明白である。従って、生きている親には、子を養育・教育するという義務だけがあるが、先に死ぬ親には相続の義務があること〔望まないなら、被相続人は明確に子を相続廃除する必要があるという意味か？〕さえ私は述べる必要がない。この根拠から、母が生きていれば、子の養育・教育についてユ帝が書いていることは、同じようには〔母方の〕祖父には言えないことになる」。

二つ目の根拠は、実は、法文の続く節 (C. 5.13.1.5d) に見出されるのである。ファーヴルは述べている。

「今一つの根拠は、『妻を相手方として同じ嫁資保持権を用いることができるように、夫が、妻に対して様々な種類の落度をでっち上げないように』⁶⁷であり、ここから、ユ帝は、妻の死亡によってではなく離婚によって解消した婚姻のことを述べているのはより明白である。なぜなら、上述の箇所〔『法範』第6章第10節〕でウルピアニスが言及しているように、もし妻の落度またはその父の落度によって離婚がなされれば、このように子のために保持権が生じるであろうから」。

このように法文の次の部分と結びつけると、離婚のケースだけを考えていたことは明白になる⁶⁸。では妻死亡における（ファーヴルによれば先死子1

⁶⁷ C. 5.13.1.5d

妻の落度で婚姻が解消されたならどうなるかについて、すでに幾つもの皇帝勅法によっても定められているので、妻を相手方として同じ嫁資保持権を用いることができるように、夫が、妻に対して様々な種類の落度をでっち上げないように。

C. 5.13.1.5d

Ne varium genus culpaе mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti, cum iam etiam imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum fuerit matrimonium, quid fieri oportet.

⁶⁸ キュジャース『勅法彙纂注解』は、「それ故、この箇所でユ帝は、不一致があったものの

人あたりの) 5分の1保持の廃止についてファールはどう考えるのであるう。最後の第13節で、この問題が扱われる。

「たとえそのようであるにせよ、しかしユ帝の〔不明であるが〕何らかの勅法によって5分の1が廃止されたことを疑問としてはならない。確かに、学説彙纂においても勅法彙纂においてもそれについて何らの言及も我々には残していないから。もつとも、これが廃止され、今日守られていること〔廃止後の法律関係〕については、つまり夫が以前は保持していた5分の1を保持しないで、嫁資を全部返還するのか、そうではなく、かつて単に5分の1だけしか保持しなかった者〔夫〕が、嫁資を保持するのかは疑問としうる〔まさにこの廃止が誰に有利に機能したかがポイントである。後注71に指摘するようにベヒマンも同じ問い方をして解答を留保している問題である〕。しかし、ユ帝は父に有利に5分の1を廃止したというのがより考えられるのである⁶⁹。なぜなら、すべての勅法において、可能な限り、嫁資の返還を

離婚の明確な事由が全くなかったので、子のために6分の1を保持する目的で、夫というのは、落度のない妻に、よくある多くの落度をでっち上げ巧妙に捏造するものだとして述べている。なぜなら、まさに夫の恣意から、何かもつもらしい落度を反論に出してきて証明したからである。今日では、子の相続廃除の場合がそうであるように、離婚の正当事由は明確であり(C.5.17.8, 12)、子のために一定の場合になされるこの保持については、『テオドシウス法典』(CT.3.16.2 末尾)が扱っており、そこで、『子のための嫁資の保持について、古い法の命令を朕は守られることを欲す』と述べている。Cuiacius, *Recitationes solemnes ad §. Sileat* (C.5.13.1.5c-5f), *Opera*, Tom. IX. col. 501-502: « Et ideo hoc in loco Justin. ait, cum nondum essent certae causae dissidii, interveniente dissidio, maritos, ut propter liberos sextas retinerent, solitos plerasque culpas excogitare, et fabricare fortasse in innocentem mulieres. Nam haec res pendebat ex arbitrio mariti, ut obiceret quamlibet culpam probabilem, et probaret: hodie sunt certae causae dissidii, certa merita, sicut exheredationis libeorum, *l. consensu*, et *l. ultim. de repud. inf.* (C.5.17.8, 12) De hac retentione, quae fit ad certum modum propter liberos, agitur *in l. secundum in fine. C. Th. de repud.* (CT.3.16.2 in fine) *Super retentionibus dotium*, inquit, *propter liberos antiqui iuris decreta volumus observari* ».

⁶⁹ この点は、キュジャース『勅法彙纂注解』も述べている。「かつては、子のための保持には2種類あった。一つは、述べたように、妻の落度によってなされた離婚であり、今一つは、決して述べていないが、婚姻中に娘が死亡したことである。この場合、内来嫁資は、娘を失ったという苦痛に、嫁資の損害も加えられないように、返還されるのであり、婚姻の子について、嫁資の5分の1が残される。ユ帝は〔妻有責離婚の〕6分の1だけでなく〔妻死亡の〕5分の1をも廃止したと見られる。子は嫁資からでなく父の財産から養

優遇しているからであり、また法文(C. 5.13.1.13c)では⁷⁰、問答契約に基づく黙示の訴権を男系尊族に〔皇帝〕自らが付与することを述べてさえいるからである。父が嫁資を娘のために与える限りは、婚姻が解消すれば嫁資は返還されるとの約束がなされたと理解されたのだなどと考える必要はなく、内来嫁資を父が返還請求できる限りでは、何らの問答契約もなされていなくとも、問答契約に基づいて請求できるというように理解しなければならない。しかし、子が1人も残っておらず、娘が死亡すれば、嫁資の取り立てが古法においてさえもなされた。従って今日では、この場合、問答契約に基づいて父は返還請求でき、問答契約訴権には何らの保持権も対抗しえないので、〔ファーヴルによれば先死子についての〕5分の1の控除をされることはない。逆に、ユ帝は5分の1と6分の1を廃止したにもかかわらず、新法でも古法でも婚姻中に娘が死亡したとき子が生きていれば嫁資が父に回復されないことは全く正しい。ウルピアヌスの箇所もユ帝の勅法もこれよりも簡潔には説明しようがなかったと考えられるのである

われるという同じ根拠が5分の1についても言える。もしユ帝が5分の1を廃止しなかったのなら、学説彙纂か勅法彙纂で何らかの言及がなされることを承認したであろうが、そのような言及はどこにも見出せない。ユ帝の今一つの理由は、妻の落度からなされた離婚によって、今日では、子の有無は関係なく、妻は6分の1ではなく全嫁資を奪われるからである。従って今日では、奪われるのは、子の利益または子への配慮ということからではなく、制裁故に、落度故にである(C. 5.17.8)」。Cuiacius, *Recitationes solemnes ad §. Sileat* (C. 5.13.1.5c-5f), Opera, Tom. IX. col. 502: « Duplex erat olim retentio propter liberos, una divortio facto culpa mulieris, ut exposui: altera, de qua nondum dixi, mortua in matrimonio filia: quo casu dos profectitia revertebatur ad patrem, ne dolori amissae filiae etiam adderetur damnum dotis, quintis relictis ex dote apud maritum pro liberis eius matrimonii. Videtur non tantum sextas Justin. sustulisse, sed etiam quintas. Quoniam et in quintis eadem ratio valet, ut alantur liberi ex bonis patris, non ex dote. Et sane si Justinian. noluisset tollere quintas, earum mentionem aliquam permisisset fieri *in ff. vel in C.* et earum nulla mentio tamen usquam reperitur. Alia ratio Justiniani haec est, quia culpa mulieris facto divortio, hodie constat mulierem spoliari non sextis, non semisse, sed tota dote, sive extent liberi, sive non. Non igitur hodie spoliatur dote tota beneficio liberorum aut eorum contemplatione: sed poenae nomine, culpa nomine, *in d. l. consensu* (C. 5.17.8)».

⁷⁰ この勅法の前半は、否定辞を含め修正問題があるが、ここでは後半の、「朕は、問答契約に基づく黙示の訴権を男系尊属に付与するからである」(parenti enim tacitum ex stipulatu actionem donamus.)を指している。

が、しかしこの問題についておそらく私は多くのことを述べた」。

このように法文の言う黙示の訴権、問答契約の擬制についても、あくまで「子がいな」ときの嫁資の返還請求に限定しているのである⁷¹。

3. おわりに

以上が、嫁資の帰属をめぐる難問に対する若きファーフルの議論である。『ローマ法大全』の解釈として、通説であるブルガルス説も、ファーフルがここで支持したマルティヌス説も、自説に不利と思われる法文を承知しており、それらに対しては、問答契約の介在を想定したり、要件事実とすれば不都合となる部分を、その法文が扱う事件にたまたま生じた単なる事実記載にすぎないとして要件論からはずすなどして対処してきたことなど、註釈や注解を通じても知ることができる。この意味では、固定したテキストをめぐる解釈学のレヴェルでは、議論は出尽くしているとの印象を持たれても仕方がないのかも知れない。

これに対して、ファーフルは、これら伝統的な手法に加えて、法文にある単語の削除・意味理解の変更、ユ帝以前の法源の参照、法文での議論の重点移行、古法からユ帝法への展開、そして制度の根拠・目的の新たな理解といった手法を駆使して、『ローマ法大全』の中の問題となる数々の法文を整合的に説明し、自己の解釈を提示する。この意味では、人文主義法学の特徴

⁷¹ 5分の1廃止の意味をめぐっては、19世紀の文献でも、依然として解釈の可能性が並記されている。A. Bechmann, Das römische Dotalrecht (Fn.1), 1867, Erlangen, S.432. ベヒマンは、その後、子1人あたり5分の1の保持が、ユ帝以前の法源のみに見られるので、ユ帝法では、それがなくなることで、嫁資設定者である父の返還請求権は広がった、つまり子の人数にかかわらず返還請求可能となったのか、それとも制限された、つまり子の人数に限らずすべて保持されることになったのかの結論がはっきりと出せないとして、中世以来の論争について、決着させないままである。また、前者の節に決定的な法文がないことを編纂者のミスとするわけにもいかないこと、ユ帝法の相続法によって子の保護の意味が薄れることなどを指摘している。

がよく表れている。

ファーヴルの立論は、一方では、このように人文主義的な特徴を持っているが、他方では、新たな資料提示を積極的に行うというよりも、どちらかと言えば論理的な整合性を一義的に考える伝統的な法解釈学の枠内で捉えることもできそうである。5分の1の保持を先死子についてであるとする大胆な解釈はこの枠で理解する方がわかりやすいかも知れない。論理的な整合性を目指すことは実定法の解釈学としては当然かも知れないが、しかし、彼の場合、その中に、新たな研究の必要性やその問題を感じさせ、オランダ典雅法学や歴史法学派へと繋がる後の法学の展開を予感させるものがあると言える。例えば、法文修正提案が単なる「推測」の域を出ないなら、必ずしも説得的なものとはならないわけだから、法文修正には写本やビザンツ法源の提示が、単語の意味理解変更には法律文献に限定されない他の文献での用例の提示が、議論の重点移行にはパリングネシア作業が、そして古法からユ帝法への展開にはローマの歴史研究が、求められ必要となってこよう。

今一つ指摘しておきたいことは、この問題群で用いられた重要法文の釈義作業そのものからすると、ファーヴルの議論には物足りなさを感じられることである。伝統的な法学の枠内では議論が出尽くしているとの所見もうなずけると先ほど述べたが、冷静に法文を見ると、法文そのものの事件の復元には必ずしも成功していない、またはそもそも無頓着でさえあったかのようにも思われる⁷²。さらに、『質疑録』であるとか、皇帝の勅答であるとか、あるいは現実の事件ではなく一般的な命題を宣言したものであるといった、各

⁷² 例えば、ファーヴルが冒頭で挙げていた法文（D.36.3.18.1）についても、嫁資帰属問題に利用できるルール抽出から離れて、特に前の首節を含めて事案そのものを理解することは容易ではない。この問題については2000年3月22日の Colloquium, Exegese der Texte des CIC（九州大学）で Zwei Digestenstellen（D.36.3.18）（D.24.3.40） aus der Kontroverse über die Rückgabe der dos というタイトルで報告させていただき、他の報告者・参加者の皆様、とりわけベルリン・フンボルト大学法学部の Christoph Paulus 先生から貴重なご指摘を受けた。また福岡大学法学部の野田龍一先生のご厚意により、注44で言及したファブロ版の『バシリカ法典』や注10に挙げた以外のファーヴル『市民法推測論』刊本などを利用させていただいた。ここに記して先生方に対し感謝の意を表します。

法文がもともと持っていた性格が、『ローマ法大全』に採用された法文にどの程度投影されていると考えるのか、またその性格を法文解釈にあたってどのようにどの程度用いることが許されるのか、簡潔に述べれば、体系的な方法と（狭い意味での）歴史的な方法とはどのような関係にあるのか、議論が必要となってこよう。歴史法学派の提唱者サヴィニーが、ローマ法の解釈学的前提作業として、これらの問題に取り組み、一応の解決を提示していたことは、つとに知られており、また忘れてはならないことであるが、彼の前後の系譜を辿ることも重要であろう。

〔付〕 ファーヴル『市民法推測論』
第1巻第16章の原文⁷³

Antonius Faber, Coniecturarum iuris civilis libri viginti.

Liber I. Caput XVI. Superstitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reverti, iure vetere, aut novo.

SUMMARIA.

1. Contrariae Martini et Bulgari super hac quaestione opiniones.
2. Martini sententiam et veteri et novo iuri conformem esse.
3. Accursii responsio *ad l. ult. §. 1. ut legat. nom cav.* (D.36.3.18.1)
4. Vocem *filiafamilias* in *l. 4. C. solut. matrim.* (C.5.18.4) irreptitiam esse.
5. Ratio cur liberis superstitibus dos profectitia apud maritum remaneat, non autem ad patrem revertatur?
6. Species et emendatio *legis post dotem 40. solut. matrim.* (D.24.3.40)
7. Ulpiani locum in *fragmentis tit. de dotib. §. 2. de liberis praedefunctis non de superstitibus accipiendum esse.*
8. Vera quaestio et sententia *§. cum inter, legis 26. ff. de pact. dotal.* (D.23.4.26.2)
9. Cur mortua muliere pro singulis liberis praedefunctis quintae dotis apud maritum vetere iure remanserint?

⁷³ 原文確定にあたっては、注10および注72で挙げた刊本、つまり1630年ジュネーヴ版の二つの刊本（ともに *Sumptibus Iacobi Crispini* とあるが異同がある）および1661年リヨン版の刊本を比較対照した。

10. Cur sextae dotis propter liberos divortii tempore superstites olim retinerentur?
11. Sextas in singulos liberos pro dimidia tantum parte dotis iure vetere retineri solitas fuisse.
12. Retentionem sextarum, quae divortio facto fiebat, a Iustiniano sublatam esse, reliquas non item.
13. An aliqua Iustiniani constitutione quintae sublatae sint.

1. Vetus fuit quaestio inter Bulgarum et Martinum magnis altercationibus agitata, an mortua in matrimonio filia superstitibus liberis profectitia dos ad patrem revertatur: *Bulgarus* enim, ut plerisque locis *Accursius* refert, reverti putat, *Martinus* vero propter liberos penes maritum remanere contendebat. Cuius sententia usque adeo aequa vulgo visa est, ut eam de consuetudine observari omnes testentur, ita tamen improbabilis ut ex veteribus omnibus interpretibus paucos reperias, qui *Bulgari* sententiam ex iuris ratione veriore esse non defendant.

2. Ego vero *Martini* opinionem ut aequissimam, ita verissimam esse ausim dicere, nec vetere tantum, sed etiam novissimo iure, licet ex recentioribus plerique dissentiant. Et vetere quidem iure maritum dotem profectitiam propter liberos lucrifecisse, ostendit manifeste *l. ult. §. 1. ut legat. nomin. caveat.* (D. 36.3.18.1) ubi sic Iureconsultus loquitur, quasi dubitari non oporteat, quin apud maritum unius filii superstitis nomine dos remanere debeat.

3. Nam quod *Accursius* et Bartolus respondent tractari eo loco de filia emancipata, cum fecisse testamentum proponatur, verum quidem est, sed ad tollendam obiectionem nihil facit: neque enim hac parte emancipatam filiam a filiafamilias differre existimandum est, cum certi iuris sit profectitiam dotem licet emancipatae filiae datam ad patrem nihilominus reverti. *l. 5. de divort.* (D. 24.2.5) *l. filiae. 59. solut. matrim.* (D. 24.3.59)

4. Quam ob causam doctissimi viri plerique mirantur quod scriptum est in *l. 4. C. eod.* (C. 5.18.4) mortua muliere profectitiam dotem ad patrem redire, si mulier in matrimonio filiafamilias decesserit. Ac sane fatendum omnino est quod ii volunt, irreptitiam esse dictionem, *filiafamilias*, vel dicendum additam esse, quod in ea specie filiafamilias esset cui dos a patre data fuerat, non quod eam filiamfamilias fuisse necesse sit. Adiuvat etiam *Martini* opinionem quod in *l. filiusfamilias. 17. ad Maced.* (D. 14.6.17) scriptum est, mortua in matrimonio puella patri repetitionem dotis dari. Puellam enim eo loco interpretari debemus eam quae liberos nunquam habuit ut in *l. uxorem. 41. §. testamento, de leg. 3.* (D. 32.41.7) ubi marito defuncto ideo puella alii nubere proponitur, ut intelligamus nullis ex alio matrimonio superstitibus liberis, potuisse patrem et fratrem dotis partem stipulari. Idem probat *l. illam. C. de collat.* (C. 6.20.19) ad

quam aliud respondere non possunt *Bulgari* defensores, quam loqui eam de filia emancipata: quod etsi verissimum est, tamen minus accommodate dici iam supra probavimus. Sed etsi legibus, quae tam multae et apertae sunt, deficeremur, ipsa tamen iuris ratio, quae patri profectitiae dotis repetitionem dat, facit ut liberis superstitibus aliud dicendum videatur.

5. Ratio illa redditur in *l. iure succursum*. 6. *de iure dot.* (D. 23.3.6) ut ad quem summus moeror pervenit, ad eundem quoque summus honor pertineat, ne pater et filiae mortuae, et dotis amissae damnum sentiat. Atqui superstitibus ex praemortua et filiae liberis, negari non potest quin maior ad liberos ex matris, quam ad patrem ex filiae morte dolor perveniat. Ergo ad quos summus dolor pervenit, ad eosdem dotis commodum pertinere rationis et aequitatis est. *argu. Authen. in successione. Cod. de suis, et legit.* (post C. 6.55.12) Aut si maior parentum erga liberos, quam liberorum erga parentes adfectionem esse volumus, (quod dici non potest) fiet ut ex voluntate filiae, quae liberos suos plus, quam patrem dilexit, liberis potius quam patri dotem deberi dicamus. Nec enim audiendus est pater si dicat in filiae potestate non fuisse dotem liberis suis dare, et patri auferre, cum non aliam ob causam pater ab initio filiae dotem dederit, et vero dare coactus sit, quam propter liberos, si qui ex eo matrimonio nascerentur. Haec enim sola ut matrimoniorum contrahendorum, ita dotis constituendae causa, origo, et finis est, *l. 1. solut. matrim.* (D. 24.3.1) Ergo tam bono matris voto, tam iniqua patris voluntas opponi non debet.

6. Quod pertinet *l. post. 40. eod.* (D. 24.3.40) ubi Papinianus scribit patrem, qui sine filiae voluntate (ita enim locum illum rectissime vir doctissimus *Iacobus Cuiacius* iampridem emendavit) stipulatus est divortio facto dotem dari, si post impletam stipulationis conditionem filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere: sed non aliter quam si filia sine liberis decesserit. Ubi ridiculus est *Accursius*, qui verba haec superflua esse notat, cum tamen Iureconsultus non minus requirat ut filia sine liberis decesserit, quam ut stipulationis conditio impleta sit. Ex quibus apparet *Martini* sententiam iure vetere verissimam fuisse, nec ei ullam Digestorum legem adversari. Nam quod tot locis generaliter scriptum est dotem profectitiam mortua in matrimonio filia ad patrem reverti debere, facilem habet responsionem, supplendos omnes eos locos ex aliis qui liberorum superstitum potiorum faciunt causam quam patris: quod vel ipsa ratio *l. iure succursum*, (D. 23.3.6) manifeste ostendit. Sed non fuisse tam curiosos iuris authores ita distinguere, quoniam de eo ius certum esset, et ita scriberent ad differentiam duntaxat adventitiae dotis, cuius nulla repetitio est, licet in matrimonio sine liberis mulier decesserit. *l. 5. de bon. damnat.* (D. 48. 20.5) *l. avus. 79. de iur. dot.* (D. 23.3.79)

7. Unus tantum locus est qui ad huius quaestionis explicationem valde pertinet, ac doctissimos quosque aetatis nostrae Iureconsultos meo iudicio fefellit. Is est

in Ulp. fragmentis *tit. de dotibus*. ubi ille scribit mortua in matrimonio filia dotem reverti ad patrem, servatis tamen penes maritum in singulos liberos quintis. Quod si ita est, neque vera fuisse videtur iure vetere opinio Bulgari cum superstitibus quinque liberis, totam dotem maritus retineret, neque Martini cum unico tantum filio superstite, non nisi quinta dotis pars marito deberetur, reliquum patri restitueretur. Atque ita viri plerique docti sentiunt, ut ex illo Ulpiani loco tota haec quaestio decisa et explicata videatur. Sed mihi longe aliud iudicium est, qui video in *l. ult. §. 1. ut legat. nomin. caveat*. (D. 36. 3.18.1) unius filii superstitis nomine totam dotem a marito retineri: neque minus favorabilem esse unius filii causam quam plurium, si de matris successione quaeratur: quod omnium manifestissime probat *l. illam. C. de collat.* (C. 6.20.19) in iis verbis, *cuiuscunque sint numeri*. Quid ergo est? Puto, quod Ulpianus eo loco scribit, de praedefunctis non superstitibus liberis intelligi debere: ut propter liberos praemortuos, quintae duntaxat propter superstites vero tota dos retineretur. Idque meo iudicio innuit *l. inter. 26. §. cum inter. de pact. dotal.* (D. 23.4.26.2) ubi pactum conventum proponitur, ut si ex matrimonio liberi superstites non essent, tota dos restitueretur, ide est, ut ego interpetor, sine ulla quintarum retentione. Quod pactum frustra interponeretur si ita ius esset, ut liberis nullis superstitibus nihil ex dote restitueretur. Nec tamen simili ratiocinatione possis in contrariam sententiam argumentari ex eo, quod ibidem Papinianus adiicit, huiusmodi pacto inter contrahentes id actum intelligi, ut superstitibus liberis filia defuncta dos retineatur. Ex quo Bartolus, ut Bulgari sententiam defendat colligit, defuncta superstitibus liberis filia dotem non retineri si pactum non intercesserit.

8. Longe enim alia illius loci sententia est, nec de eo apud Papinianum dubitabatur, An defuncta liberis superstitibus filia dos retineretur, quod certissimum erat, praesertim facto de ea re tacito pacto: sed de illo duntaxat, an dotis quoque portio, quae additamenti causa data fuerat, apud maritum remaneret. In quo dubitationem illud faciebat, quod pactum de dote factum esset: haec autem portio non tam dos quam doti addita esse videretur. Sed hanc quoque eodem iure censi Papinianus ait: idque eleganter, et suo more concise, probat eo argumento, quod cum convenit ut mortua sine superstitibus liberis filia dos patri redderetur, manifestum est id actum esse, ut ea quoque portio quae doti addita esset, restitueretur: tum quod ea dotis incrementum potius quam nova dos intelligi debeat. *l. 4. de iur. dot.* (D. 23.3.4) tum etiam quod non sit existimandum eum, qui dotem restitui voluit, non cogitasse de illa etiam portione restituenda, quam dotis causa addiderat. Atqui cum convenit ut mortua sine liberis superstitibus filia dos patri redderetur, id tacite actum intelligitur, ut mortua relictis liberis filia dos non restituatur. Ergo eadem interpretatione hanc quoque conventionem sic accipere debemus, ut

nec ea portio restituatur quae doti addita est. Sicque locus is enarrandus et intelligendus mihi videtur. Probat igitur manifeste quod volumus, mortua nullis relictis liberis filia, non ideo tamen totam dotem patri debuisse restitui, si ex eo matrimonio liberi intervenissent, nisi pacto constitutae dotis tempore interposito contrarium actum fuisset.

9. Huius porro iuris veteris rationem si quis quaerat, haec fortasse afferri potest, quod statim atque marito nascuntur liberi, quasi in eorum persona dotis pignus constituatur, quorum scilicet causa futurum aliquando sit, ut dotis retentionem habiturus sit, ut quamvis eos postea mori contingat, iniquum tamen sit atque adeo inhumanum patri dotem auferri, ne praeter dolorem amissi filii, dotis etiam quam superstite filio lucraturus erat damnum sentiat *arg. d. l. iure succursum. de iur. dot.* (D. 23.3.6) Verum quoniam non minor ad patrem ex filiae, quam ad maritum ex praemortuorum liberorum morte, dolor pervenit, aequum aestimaverat vetus legislator ita rem temperari, ut in singulos liberos unam duntaxat quintam maritus retineret: unde fiebat ut aliquando plus retineret quam pater, aliquando minus, aliquando etiam totam dotem, nisi pater sibi in danda dote prospexisset, *ut in d. §. cum inter.* (D. 23.4.26.2)

10. Sane sextarum alia ratio erat. Hae namque propter liberos divortii tempore superstites retinebantur, ut eodem loco Ulpianus testatur, et apparet ex *§. sileat. l. unic. C. de rei ux. act.* (C. 5.13.1.5c) quem de sextis non de quintis accipiendum esse paulo post ostendemus. Dissimilitudinis autem ratio erat, quod ante divortium amissorum liberorum dolor non minus matrem, quam patrem afficiat, ut proinde incivile esset aliquid ex dote mulieri eo nomine auferri, et marito applicari. Sane pro superstitibus liberis aequum videbatur mulctari mulierem retentione sextarum, quasi eam, cum divertit superstitibus liberis, qui tam sancti foederis perpetuum pignus esse solent, non sit existimandum valde liberos suos curare, quibus neglectis alios sperare maluerit.

11. Non tamen in singulos liberos quemadmodum quintae, ita etiam sextae in infinitum retinebantur: sed pro dimidia tantum dotis parte, quia cum permissa et libera essent divortia, non debuit mulier indotata constitui: nisi ab initio ita convenisset. Liberis namque intervenientibus dotis conditionem pacto deteriorem fieri potuisse certum est *l. 1. de dot. praeleg.* (D. 33.4.1) ut contingit in specie *l. 2. de pact. dot.* (D. 23.4.2) in qua proponitur pactum fuisse, ut quoquo modo dissolutum esset matrimonium, liberis intervenientibus dos apud virum remaneret, hoc est, ut etsi divortio matrimonium solveretur, tamen maritus totam dotem retineret. Haec cum ita iure vetere obtinerent, Iustinianus *in l. un. §. sileat. C. de rei uxor act.* (C. 5.13.1.5c) omnem retentionum verbositatem, ut ipse loquitur, sustulit, et specialiter eam, quae ob libros fiebat.

12. Quod nonnulli sic accipiunt, ut *Martini* opinio, quae olim aliquo casu vera esse potuit, hodie post eam constitutionem vera esse numquam possit. Quibus

aliud respondendum non est quam quod olim *Bulgaro Martinus* respondit, sustulisse Iustinianum retentiones quae divortio facto fiebant, nihil vero novi induxisse si superstitibus liberis mulier in matrimonio mortua sit: quod sane verissimum esse duplex Iustiniani ratio demonstrat. Prior illa est, quod ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum educationem satis hortetur. Cuius rationis sensus non est, patrem ex suis bonis non ex dote matris liberos alere debere: sed ille potius, non esse retentionibus cogendam mulierem filios alere, ad quorum educationem vel sola ferente natura satis ipsa impellitur. Ex quo intelligimus ea constitutione sextas duntaxat sublatas esse, non etiam quintas, quae ut diximus, praemortuorum liberorum nomine retinebantur. Nisi forte quis Iustiniani sententiam illam esse putet, ut superstitibus liberis mortua muliere dos a marito non retineatur: quod non est admittendum. Nam praeter, id quod de iis retentionibus loquitur Iustinianus, quae olim in iudicio de dote fiebant, quod non contingebat superstitibus ex mortua in matrimonio muliere liberis: (neque enim hoc casu dotis repetitioni locus erat, ut diximus.) illud etiam apertum est, avum, praesertim maternum, qui alios forte aut liberos, aut ex liberis nepotes habeat, non ita valde ad superstitis nepotis educationem incitari: ut taceam vivis quidem parentibus non nisi educationem liberis deberi: iis vero praemortuis, etiam hereditatem: quae ratio facit, ut quod de liberorum educatione viva matre Iustinianus scribit, non simili modo ad avum protrahi possit. Altera ratio est, *ne varium genus culpa mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti*, ex qua manifestius est loqui Iustinianum de matrimonio per divortium non morte mulieris soluto. Nam istis retentionibus ob liberos ita demum locus erat, si aut mulieris, aut eius patris culpa divortium factum esset, ut supradicto loco Ulpianus refert.

13. Quae quamquam ita sunt, aliqua tamen Iustiniani constitutione sublatas esse quintas dubitandum non est, quarum scilicet mentionem nullam aut in Digestis, aut in Codice nobis reliquit. Sed iis sublatis quid hodie obtineat dubitari magis potest, hoc est, An maritus dotem totam restituat non retentis quintis, quas olim retinebat. An vero dotem retineat qui olim non nisi quintas retinebat. Sed probabilius est, Iustinianum in favorem patris, quintas sustulisse, tum quia tota ea Constitutione dotis repetitioni quantum potest, favet: tum etiam quia in §. *extraneum*, (C. 5.13.1.13c) ait se parenti tacitam ex stipulatu actionem concedere. Quod non ita accipiendum est, ut quoties pro filia dotem pater dat, eam sibi soluto matrimonio restitui stipulatus intelligatur (alioqui etiam superstitibus ex matrimonio liberis dotem repetere posse) sed ut quoties profectitiam dotem repetere pater potest, ex stipulatu petere possit, licet stipulatio nulla intercesserit. Atqui nullis superstitibus liberis mortua filia dotis exactioni locus erat etiam iure vetere. Hodie igitur hoc casu actione ex stipulatu dotem pater repetet: ut quintarum deductionem non patiat, cum actioni ex stipulatu

nulla obliici retentio possit. *d. l. unic. §. sileat. C. de rei uxor act.* (C. 5.13.1.5c)
Caeterum, licet quintas et sextas Iustinianus sustulerit, verissimum tamen est
quod proposuimus, tam novo iure quam vetere mortua in matrimonio filia
superstitibus liberis profectitiam dotem ad patrem non reverti. Sed de quae-
stione ista nimis fortasse multa diximus, quanquam et Ulpiani locus et
Iustiniani Constitutio videntur brevius explicari non potuisse.

〔付記〕 この論稿作成にあたっては 2000 年度パツヘ研究奨励金 I-A の研究助成
を受けている。